



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

WTO法律规则对我国市场经济法治的影响

刘俊海

阅读次数: 4160

使用大字体察看本文

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

- 一、根据WTO法律规则和我国对外承诺的要求，商事经济立法改革步伐应当提速
- 二、中国加入WTO后，政府干预市场经济走向法治势在必行
- 三、完善企业立法，推动国内外投资者的投资热潮
- 四、我国“入世”后消费者权利的法律保护前瞻

我国“入世”对于我国的经济发展和进步来说，既是一次严峻的挑战，也是一次难得的历史机遇。虽然我国“入世”在短期内会遇到一些前所未有的问题和困难，但从总体上看，我国“入世”符合我国人民群众的根本利益。“入世”后我国的市场经济法律体系也要作出相应的完善。中国能否真正融入世界经济、并从中受益，在很大程度上取决于是否有一个好的游戏规则；而其关键在于法律环境的改造与建立。20年来改革开放的经验已经证明了这一点。鉴于我国政府、企业和消费者直接面临WTO的影响，本文拟从探讨我国商事经济立法改革方向的基础入手，分别剖析

- 一、根据WTO法律规则和我国对外承诺的要求，商事经济立法改革步伐应当提速

为切实履行我国作为WTO成员国根据WTO法律规则（含宗旨、原则、具体协定等）应当承担的义务和对WTO及其成员国所作的承诺，实现我国市场经济法律体系的现代化，实现政府和国内外企业、消费者、投资者、劳动者和社会经济团体的法律角色定位，必须按WTO规则要求和对外承诺，从中国的市场经济和法治建设的实践出发，大胆借鉴西方市场经济国家先进的经济立法经验，以确认和保护市场经济体制为价值取向，义无反顾地进行经济立法改革，构建门类齐全、结构协调、功能合理、层次分明、动态开放、与市场经济规律相契合、与国际惯例相接轨的经济法律体系。鉴于我国不少经济立法文件是在计划经济体制下、或者在计划经济体制向市场经济体制过渡的过程中制定的，因而有许多条款打着计划经济的烙印。因此，必须抓紧对现有法律、行政法规、行政规章和地方性立法文件中与WTO规则和对外承诺相抵触的条款进行一次认真彻底的清理，该废止的，坚决废止。至于在满足WTO规则和对外承诺方面尚付阙如的条款，

值得注意的是，我国推进经济立法改革的主要动因不仅来自于WTO及其成员国的施压，更重要的是来自于我国对吸引外商投资、拓展国际贸易的经济利益驱动。这就决定了，为了最大限度地吸引外资和充分利用好WTO，我国立法改革除了真心实意地满足WTO多边规则的要求外，还应当尽可能多地参照国际惯例（并不一定写入WTO规则）对我国经济立法进行除旧布新的改革。例如，WTO《与贸易有关的投资措施（TRIMS）的协议》的内容只涉及与货物有关的投资措施的效力问题，而未对成员国的一般投资政策作出系统规定。但为了强化国内外投资者对我国企业法律制度的信心，我国企业立法就不能仅仅满足于《与贸易有关的投资措施（TRIMS）的协议》的要求。而是要主动借鉴WTO主要成员国（包括英美法系与大陆法系）的先进立法经验，构筑良好的投资法律环境。可见，我国的经济立法改革要想抓住这次难得的历史机遇，就应当采取主动挑战自我的雄姿，而非被动应付的态度。

虽然全国人大及其常委会已修改了《专利法》、《商标法》、《著作权法》《海关法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》，《中外合资经营企业法》；但上述立法改革仅仅是废改立工作的开始。除了全国人大及其常委会根据加入WTO的需要，抓紧制定和修改相关的法律，如制定《反垄断法》，修改《对外贸易法》和《进出口商品检验法》等法律外；国务院及其组成部门应当抓紧对有关行政法规、行政规章进行审查、清理。据2001年3月的初步统计数字，国务院及其组成部门拟修改的外经贸行政法规、规章共有148件，拟废止的共有571件，以适应加入WTO的需要和维护公平贸易。2001年10月6日朱镕基总理签发的《国务院关于废止2000年底以前发布的部分行政法规的决定》指出，国务院对截至2000年底现行行政法规共756件进行了全面的清理，废止了71件行政法规；对80件行政法规，宣布失效；对1994年至2000年底公布的法律、行政法规已经明令废止的70件行政法规，统一公布。此外，地方立法中违反WTO规则的条款，尤其是分割市场、具有地方保护主义色彩的条款，也要抓紧废止。

要充分发挥我国法律在推动、保护和规范自由贸易和公平竞争方面的积极作用，迫切需要抓紧制定与完善四个领域的经济立法：一是市场主体立法（包括公司法、证券法、投资基金法、个人独资企业法、合伙企业法、合作社法、消费者权益保护法、劳动法、中介机构立法）；二是市场行为立法（包括债法、票据法、反不正当竞争法和反垄断法）；三是政府干预市场经济立法（包括产业政策法、政府采购法、经济行政指导法、行政许可法、行政合同法）；四是社会保障立法（包括社会保险法、社会救济法等）。

通过法律形式确认的部门腐败是最大的腐败。一些政府部门打着法治的招牌，企图运用立法形式把本部门不应享有的权力和利益合法化。建议立法机关在委托政府部门起草法律时，警惕一些政府部门利用立法手段巩固部门利益、争权夺利，确保法律的公正性。倘若立法机关一味鼓励或纵容政府部门起草法律，极易导致政府部门的行政权力膨胀，甚至有可能使政府侵害公民人权与基本自由、侵害企业商事权利与利益的非法行为或脱法行为合法化，立法机关的立法权也会被行政权吞没。这与我国依法行政、建设社会主义法治国家的目标背道而驰。

由于传统计划经济体制的影响，现行不少立法是由政企不分的政府部门起草的，其中包含着不少有违公平原则、维护垄断利益、剥夺或者限制消费者权利的条款。如《电力法》第60条[1]之规定，就大大低于《民法通则》第123条[2]之规定对于消费者的保护力度。从长远看，立法机关应当收回立法草案起草权，亲自起草法律，避免委托政府部门起草法律。中央政府有权制定行政法规，中央政府组成部门有权制定行政规章，但无权起草法律。如果立法机关工作人员专业和编制有限，可委托法学专家起草法律，然后提交立法机关审议。当然，政府及其部门作为成千上万社会利益集团的一种，还可以就法律草案发表意见、甚至与法学家争鸣商榷。建议立法机关对现有法律中包含的某些确认和纵容政府部门腐败的恶法条款进行一次彻底的清理，该废止的，坚决废止。

行政机关制定的法律实施细则或实施办法有可能私自塞入部门利益的条款，甚至背离立法宗旨。另外，让行政机关集规则制定权、规则执行权和规则监督权于一身，既不合乎公平理念，也容易滋生腐败。目前立法机关授权国务院或国务院组成部门制定法律实施细则或实施办法的做法亟需改革。经济法律的制定应当尽量详细、具有可操作性，原则上不应依赖于实施细则。否则，经济法律过于原则、抽象、圆滑，就丧失了存在意义。《海商法》是我国唯一一部不需要实施细则的商事法律。这一立法典范应当对今后的经济立法具有启发价值。即使确需制定实施细则，也应当由立法机关自己亲自制定。当然，这并不排除立法机关就某些专业知识向专家和实践部门咨询。此外，在立法机关收回经济立法权之后，立法权必然较以前有所扩张。因此，预防立法机关在立法过程中的腐败又将是一个崭新的课题。

二、中国加入WTO后，政府干预市场经济走向法治势在必行

以邓小平南巡和中共十四大为标志，我国开始从根本上摆脱传统计划经济体制的藩篱、清除轻视法治的左倾思想，实现国家从依靠计划手段和行政命令管理计划经济到依靠市场机制和法律手段驾驭市场经济

的伟大历史转变。但无庸讳言，社会主义市场经济体制尚未彻底建立起来。相反，我国目前仍处于从计划经济向市场经济的转轨变型阶段。而我国加入WTO将进一步加快我国经济市场化、市场法治化的历史进程。

市场经济固然不是行政经济、计划经济和审批经济，但也决不是放任自流、无法无天的经济。市场也有盲目性和局限性。在市场经济条件下，政府不是甩手掌柜，不能对已经或者即将到来的市场失灵、金融风险和经济混乱采取大撒把的态度。政府对市场经济进行适度干预是必要的。但是，政府如何干预才能顺应市场经济全球化、法治化的历史潮流，取得适度、公平、高效的预期效果，便成为一个难点问题。

市场经济是法治经济。无论企业的市场活动，还是政府的干预行为，都要服从法治的要求。近年来，依法治企的呼声日益高涨，企业要依法经营的认识趋于统一。但对经济行政法治的强调仍然有些黯然失色。总结多年来政府管理经济的经验教训，要真正依法治国、建设社会主义市场经济法治，政府必须率先垂范、以身作则，甘当法治改革的促进派而非抵制派。否则，就难以避免行政权的腐败变质，就难以赢得企业和社会公众的信赖、敬重与合作，就难以有威望求企业和其他市场主体依法办事。

WTO促进世界自由贸易和鼓励公平竞争的宗旨，最惠国待遇原则、国民待遇原则、透明度原则、法制统一原则和司法审查原则，以及WTO代表的一系列多边贸易规则，不仅仅影响着企业和消费者等市场主体的切身利益，而且对于我国政府干预市场经济提出了更加严格的法治化要求。

强调政府干预市场经济走向法治化，就是要把政府干预市场经济过程中的每一个行政机关、行政行为（包括抽象行政行为与具体行政行为）和行政环节都纳入法治化轨道。在该目标取得后，经济行政行为将完成以下转变：由恣意行政转为法治行政，由专横行政转为民主行政，由审批行政转为监控行政，由压制行政转为促进行政，由管卡行政转为服务行政，由黑箱行政转为公开行政，由低效行政转为高效行政，由政府本位行政转为企业本位行政。这对政府来说既是一次机遇，也是一个挑战。要实现这一改革目标，应当推出一系列标本兼治的重大法律举措。

（一）树立经济行政法治观念是政府行为走向法治化的前提

政府部门要自觉抛弃人治和官本位的封建思想、树立法治行政光荣的观念。政府部门要真正认识到，依法办事，不麻烦，也不吃亏。因为，强调依法行政的最终目的不是刁难政府、让政府难堪、束缚政府的手脚，而是督促政府更加高效、合法地发动行政权，从而做到积极而不越位、守法而不无为、干预而不添乱、有权而不滥权。因此，强调依法行政对于政府来说，即是一种制约和督促，也是一种关心和爱护。

法律对于经济行政行为的巨大作用，不仅体现在经济行政纠纷的事后救济上，而且体现在经济行政纠纷的事先预防上；不仅体现在消极地减少和预防由于法律失误和法律风险所导致的国家、企业和消费者损失上，而且体现在积极地运用法律手段保护和鼓励企业和消费者创造和积累社会财富上；不仅体现在规范经济行政机关与企业、投资者、消费者、社会经济团体之间的行政关系上，而且体现在规范经济行政机关之间、经济行政机关与其工作人员之间的行政关系上。可见，强调依法行政具有消防与预防、去病与保健、治标与治本、规范与保护兼重的功能。

行政权介入市场经济的范围极其广泛，内容十分丰富，稍有不慎就会出现行政权的滥用，导致市场秩序的混乱，甚至诱发金融风险和经济危机。这绝非耸人听闻。经济行政机关必须从思想上把依法行政摆到经济行政工作一盘棋的首位。领导干部要象重视红头文件、领导讲话和会议决议那样，重视宪法、法律和行政法规，带头学习法律知识，认真吃透市场经济法律的基本原理和精髓，树立依法行政的好样板。对于领导干部的素质和知识结构来说，法律水平与政策水平具有同等程度的重要性。

法律人才是高级管理人才。加强法治工作是经济行政行为规范化的内在要求，是政府工作水平上档次的重要表现。除了领导重视，还要在每个经济行政机关中配备一定比例的高素质专职法律工作者。他们作为本部门的法律顾问有权介入各个职能机构开展经济行政活动的全过程。对未经法治机构审核的法律文件，各级经济行政机关的负责人应坚决拒签。要鼓励法治机构在经济行政行为之前参与、影响经济行政行为的决策过程，力求防患于未然。很明显，如果经济行政机关在作出某项行政行为之前，充分进行了法律论证，那么既可以避免自身的违法、违规行为，也可以事先采取措施避免企业和市场主体的违规行为；更重要的是，还可以直接降低经济行政的成本、提高全社会的经济效益。

要在政府官员中继续加大普法力度，务求每位政府官员都熟知涉及本行业的相关法律和法规，以及WTO的相关法律规则。为保障依法行政的先进管理机制制度化、长期化和稳定化，建议建立政府官员法律知识资格考试制度，只有通过司法部组织的相应考试的政府官员才能上岗。既得利益和期待利益影响甚至

决定思想观念。因此，增强政府官员的法治观念，也要发挥奖惩制度的作用。对于行政法治工作有功、作出贡献的官员，实行精神和物质奖励；对于那些法治观念淡漠、轻视法律知识学习、不喜欢依法行政的政府官员，应当在任免、考核、晋升时建立一票否决制。对于违法行政、给国家和企业造成经济损失和其他重大事故的官员，要依法追究法律责任。

（二）要严格区分政府的双重法律角色，禁止行政权力侵害民事权利

国家与政府是两个既相区别、又相联系的概念。政府是国家机关之一种，只代为行使国家行政权，无权干扰立法和司法工作。而国家经济行政权的职能主要是由政府，特别是经济行政机关承担的。

在传统计划经济体制下，作为公权主体的国家和作为私权主体的国家被人为地混淆起来。不仅企业的法人所有权或法人财产权得不到应有的尊重，国家作为企业投资者所享有的股东权和国家作为公权主体所享有的行政权也是混沌不清的。在传统计划经济体制下，国家正是凭借着行政管理与企业投资者的双重身份直接干预各企业和各企业的生产经营等微观经济活动。这一做法曾被误以为社会主义的一个优越性受到长期肯定。

我国当前要严格区分政府作为社会管理者所享有的经济行政权与其作为国家财产代理人所享有的民事权利。区别的实益在于，政府在参与不同的法律关系时，享有不同的权力（权利），负有不同的职责（义务）。例如，工商行政管理部门在订立和履行政府采购合同时，扮演着私权当事人的角色，应当象普通买方一样，履行其对供应商的付款义务，享有对供应商的合同权利；在对侵害消费者行为予以行政处罚时，扮演着公权力主体的角色，享有行政处罚权。因此，政府应当时刻牢记自己在不同场合下的法律角色。为约束政府滥权，政府作为社会管理者所享有的经济行政权与其作为国家财产代理人所享有的民事权利应当交由不同的政府部门或其他法定主体行使。

为彻底贯彻政企分开、官商分开的原则，建议尽快制定《商事主体法》，明确规定哪些人有资格成为商法上的商事主体、从而取得商事权利能力与商事行为能力，明文禁止禁止政府部门和政府官员从事商事活动，并切实斩断他们与企业之间有形、隐形的金钱纽带。出台《商事主体法》既与国际惯例接轨，也符合中国国情，更是依法整顿投资与贸易秩序的题中应有之义。立法机关应当正确认识商法与民法之间的特别法与普通法关系。商事法律关系具备民事法律关系的一般特点，但也有其自身的特殊性。商事法律关系与一般民事法律关系在法律依据、主体、客体和内容等方面存在诸多区别，不容混淆。就主体而言，商事主体不同于一般民事主体，商事权利能力不同于民事权利能力，商事行为能力不同于民事行为能力。政府部门和官员都可以成为民事主体，都具有民事权利能力、民事行为能力，但不能成为商事主体，非依法律特别规定，不能取得商事权利能力与商事行为能力。既不能以商事主体制度吞没、代替民事主体制度，也不能以民事主体制度吞没、代替商事主体制度。

从法理上看，政府不是商事主体，而是公法主体，以追求社会整体经济利益为价值取向。但目前一些政府部门在营利性的商事活动中仍然陷得比较深。政府应尽快远离投资与贸易等商事活动，毅然决然地与商事主体脱钩。政府部门不得“下海经商”、从事投资与贸易活动，不得搞有偿行政、有偿担保、收取超过工本费以上的审批费和管理费，不得向企业拉赞助、“化缘”。对那些热衷于商事活动、且乐此不疲、甚至“师出有名”的政府部门，国家要尽快将其商事权利能力阉割掉。

目前一些政府下属的市场中介服务机构（如资产评估、设计、咨询、会计、审计、律师、工程监理等机构）应当彻底与政府脱钩。最为“经济警察”的市场中介服务机构要具有竞争性、公正性，就不能成为政府的“摇钱树”和“第三产业”。脱钩后，政府部门不得为了私下收取介绍费、好处费，而向中介服务机构提供客户来源；不得向作为管理相对人的企业指定某家中介服务机构，也不得向企业作出某种带有倾向性的暗示，更不得以“不批准”相胁迫。

为确保政府官员履行对党和人民所负的忠实义务和勤勉义务，防止个别奸诈的政府官员暗渡陈仓，参酌外国立法例，《商事主体法》应当明文禁止政府官员或明或暗地以各种形式瞒天过海、非法从事商事活动。被禁止的商事活动，是指政府官员以任何方式，主动或被动地参与的，任何与其所负忠实义务和勤勉义务相悖的各类商事活动。既包括办企业、开公司的投资行为，也包括贸易行为；既包括直接的商事活动，也包括间接的商事活动。政府官员不得持有公司股份，更不得接受公司馈赠的“干股”或“好万股”。政府官员也不得在公司任职，从事经营管理工作。根据《公司法》第58条之规定，国家公务员不得兼任公司的董事、监事、经理。这意味着，政府官员既不得兼任公司董事、董事长，也不得兼任经理、总经理、监事、监事会主席，就是影子董事、隐名董事也不行。为杜绝腐败、确保公平竞争与公正交易，除了铲除政府官员的实质性经商活动之外，还要很刹一下政府官员与商人进行不正当私人结盟的歪风邪气。对政府官员违背上述禁止性规定的经营所得，国家享有归入权。若有关国家机关对此熟视无睹或束手无策，因而拒绝或怠于行使归入权，任何公民个人均有权以自己的名义、为了国家的利益，对违法经商的官

员提起代表诉讼，从而实现国家的归入权。

虽然政府行政权力与其民事权利是互相分离的，但在市场经济条件下，行政权力与民事权利存在着诸多密切联系。例如，行政权力在特定条件下是物权、债权和股东权等商事权利取得的一个合法途径；根据民商立法的邀请和授权，行政权力还可以为商事权利赋予公信力。前者如行政划拨，或者如行政登记。在政府干预市场经济的过程中，二者极易相互交织，共同作用于某一企业或市场主体，甚至相互发生碰撞。那么，行政权力是否就永远优于民事权利（含商事权利）呢？行政权力是否就能当然地在市民社会中“一竿子插到底”、直接决定所有民事权利的得丧变更呢？

回答是否定的。从理论上讲，行政权力与民事权利（含商事权利）之间泾渭分明、井水不犯河水。行政权的效力射程原则上仅局限于行政法律关系之中。行政权对市场经济的干预不得非法侵入意思自治领域、侵害市场主体的商事权利（如，不得擅自对私营企业和外商投资企业实现国有化征收）。否则，公法与私法、经济法（实质上是行政法的特别法）与商法（实质上是民法的特别法）的划分也就丧失了意义。行政权与商事权利都是神圣不可侵犯的，二者效力没有高低之别。认为“行政权高于商事权利，部门红头文件高于商事合同”的观点是错误的。有效的合同就是法律，而法律的效力高于违法行政部门的“红头文件”。有些行政机关试图运用行政权以干扰、限制和阻挠商事关系的设立、变更和终止，显然不妥。例如，工商行政管理机关吊销公司的企业法人营业执照就不能消灭股东的公司清算权。否则，公司的债权债务关系无法了结，善意第三人和股东的利益难以得到应有的保护。行政机关还要区分强行性行政法律法规中的效力性规定与训示性规定。市场主体的某一商事行为如果违反了前者，不仅导致相应的行政处罚，商事行为也归于无效；如违反了后者，虽承受相应的行政处罚，但商事行为依然有效。

（三）政府干预市场经济应限制在五种法律层次上

在传统计划经济体制下，为数众多、职能重叠、效率低下的政府部门有权直接干预企业的人财物产供销等生产经营活动。政府部门向企业发号施令的必然结果是，不能形成科学决策的投资体制，容易造成责任不清和决策失误，难以发挥市场在资源配置中的基础作用。近年来，虽然政府对市场经济的控制有所减弱，但仍然存在必要干预不足、不必要干预过滥的问题。顺应社会主义市场经济的发展要求，必须根据邓小平理论和经济法的一般原理，恰当地界定政府干预市场经济的范围。

界定的原则是，既要重视市场机制在资源配置方面的基础性作用，又要注意发挥政府在弥补市场机制缺陷、维护良好市场秩序方面的导向和校正作用；既要着力塑造和保护有中国特色的社会主义市场经济体制和市民社会，预防政府行政权对商法自治领域的不当侵入，又要强调和树立政府在经济生活中的应有权威；既要告别政府万能论，避免重弹政府大包大揽的老调；又要摒弃政府无为论，反对漫无边际地削弱政府职能；既要坚决转变和革除政府直接管理企业的旧职能，又要创造性地扩充和发展政府干预市场经济的新职能。

基于以上考虑，以经济行政机关和企业的相互关系为座标，政府干预市场经济的法律形式可以从以下五个层次上去观察：

1. 尊重市场主体自治原则和诚实信用原则（简称尊重型干预）。

这是第一层次的干预，既是WTO自由贸易和公平竞争宗旨的要求，也是市场经济的要求。市场主体（含企业和消费者）自治，也称私法自治（Prinzip der privatautonomie）或意思自治原则（L' autonomie de la volonté humaine）强调，市场主体在法律强制性规定和公序良俗容忍的范围和限度内，有权为了追求自身的经济利益，以自己的名义实施各种商事行为，从而为自己创设一定的商事权利、设定一定的商事义务，国家对此只能消极地予以确认和保护，而不能积极地予以干涉和妨碍。企业商法自治原则是市场经济和市民社会的需要和体现，也是现代商法和经济法的共同基础。市场主体自治原则又可以引申出两项基本原则：（1）市场主体财产权利尊重（绝对或不可侵）原则。无论是物权（含所有权与其他物权），还是债权，抑或股东权；也无论是消费者权利，还是企业权利，都应得到政府的尊重。对企业来说，尤为如此。因为，企业生存和盈利的前提条件是，拥有实实在在的财产所有权（包括法人所有权）、特别是可以使用的资源，最为典型的包括资本、劳动、管理与技术。（2）行为自由原则。行为自由原则，既包括双方行为自由（契约自由），也包括单方行为自由，还包括多方行为自由（如章程自由）。尽管有些当代法学家发出了“合同死亡”的慨叹，但契约自由在商法中作为一项根本原则并未发生动摇，而且在知识经济和网络经济时代获得了再生与扩张。行为自由原则有助于企业放心大胆地开展商事流转，缔结商事关系，取得利润的最大化。

在我国加入WTO之后，有必要根据WTO促进自由贸易和公平竞争的宗旨，重新审视和修改我国目前有关市场监管的法律、行政法规和行政规章和行政惯例，进一步扩张市场主体自治空间，尊重企业财产权利和

经营自由，满腔热忱地推动企业主体的商人化、法人化和平等化，推动企业行为的市场化、自由化、契约化、竞争化、公平化、公正化、规范化和诚信化。政府作为市场经济中的“裁判员”，要主动撤离资源的配置活动，不得随意越过市场、直接干预企业的投融资等商事活动，更不得与民争利。

为保护投资者的投资自由，有必要对各类公司（包括有限责任公司、股份有限公司乃至上市公司）的设立采取以登记制为原则，以审批制为例外的立法态度，限制审批制范围，扩大登记制范围；根据国民待遇原则，对于外商投资企业的设立也应采取这一立场。原则上，对于包括外国投资者在内的股权转让行为，都不应当再以政府主管部门的审批为生效条件。为确保投资者选择企业组织形式的自由，有必要承认一人公司、有限合伙、隐名合伙等多种企业组织形式。

为保护合同当事人契约自由，有必要排除行政权力对合同订立和履行行为的干预，尊重交易形式的多样性（包括在立法严格规制下重新允许合法传销行为）。行政机关制定的范本合同，仅具有对当事人的建议作用，不具有法律约束力，不应当仅仅由于当事人未采用范本合同而影响其订立的合同的效力。对于合同登记、合同备案、合同鉴证，均应尊重合同当事人自愿，行政机关不得干预，更不得歧视未登记、未备案、未鉴证的合同效力。当然，属于法定强制登记范围（如不登记就不能生效或者不能对抗第三人）之外的合同，不在此限。

针对超越《企业法人营业执照》或者《营业执照》核定的经营范围而订立的合同的效力，有必要进一步扩大契约自由的空间。1993年之前，我国对企业的经营范围采取了一种十分苛刻的态度。如，1987年7月21日最高人民法院在《关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用经济合同法的若干问题的解答》中曾指出，“工商企业、个体工商户及其他经济组织应当在工商行政管理部门依法核准登记或者主管机关批准的经营范围范围内从事正当的经营活动。超越经营范围或者违反经营方式所签订的合同，应认定为无效合同。例如：非法经营重要生产资料和紧俏耐用消费品的；零售商经营批发业务的；代销商搞经销的；只在特定地区内销售的进口商品，未经批准私自流入其他地区的，等等，均应按无效合同处理。全部为超营项目的，全部无效；部分为超营项目的，超营部分无效”。

但1993年之后，最高人民法院开始解放思想，对经营范围采取了较为宽松的解释方法，从而达到了成全合同当事人、尽量使合同有效、加快商事流转的社会效果。1999年12月的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第10条就正确地指出，“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外”。因此，只要商事主体与他人签订的商事合同不具备法定的无效事由，没有违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的规定，即使一般性地超越了经营范围，也属于有效合同。

当然，根据《公司登记管理条例》第71条之规定，超出经营范围的公司经营活动，要承担相应的行政法律责任（包括责令改正、罚款等）。从国际公司立法的发展趋势来看，淡化对经营范围的法律管制也是大势所趋。英美法系虽曾有越权（Ultra Vires）原则之规定，但大都已经废除。我国企业登记立法亦应随之。笔者认为，在立法修改之前，只有违反强行性法律规范（包括效力性规定与训示性规定）的超越经营范围的行为，才应承担行政法律责任；至于一般的超越经营范围的行为，则不应承担行政法律责任。

强调市场主体自治，是政企分开、转变政府职能、实现民事权利由政府回归市场主体的关键。因为绝大多数商事活动是靠无形的手，即市场主体的个体自我调节机制去实现的。在这个意义上说，尊重型干预就是不干预、少干预；微观干预最少的经济行政机关是最好的经济行政机关。鉴于我国多年实行计划经济体制，政府尚未完全养成自觉尊重市场主体自治原则和诚实信用原则的习惯，政府的这种尊重义务应当被视为当前我国经济行政机关对企业所负的首要义务。要在实践中做到这一点，就需要在观念上打破人们在计划经济体制下形成的，盲目迷信国家和政府、甚至认为国家和政府万能的固有观念。在相当长的社会主义市场经济阶段，我国将实行“小政府、大市场、大社会”的市场经济体制，国家和政府不可能为公民和企业提供“从摇篮到坟墓”的一揽子福利，并因此而取消公民和企业的自我奋斗。

2. 保护企业公平竞争与公正交易应有秩序（简称保护型干预）。

这是第二层次的干预。仅仅尊重市场主体自治是不够的。因为企业的经营自由，在不法利益和非法动机的驱使下，有可能被滥用。假冒伪劣、限购排挤、商业贿赂、商业欺诈、虚假广告、非法传销、倾销、搭售、绑标、围标、行政垄断、经济垄断等丑恶商事现象也会滋生蔓延。没有健全的市场管理法治，就没有消费者和企业赖以公正交易和公平竞争的大舞台，政府进行宏观调控的信号也会失真，从而误导企业行为。

没有规矩，不成方圆。政府应当及时运用法定的行政登记权限、行政调查权限、行政处罚权限、行政调解权限，确认合法商事行为的效力，坚决制止和反对损害消费者和竞争者利益的不法、不正当行为，

为企业和经济组织创造良好的公平竞争与公正交易秩序，努力培育和维持一个涵盖各类生产要素的、成熟、开放、诚实、公平、统一的社会主义大市场。在我国加入WTO之后，随着审批范围的萎缩，登记范围则会逐渐扩张。包括工商行政管理部门在内的市场监管部门应当强化登记机关的职责，为提高商事行为的公信力和透明度，保护善意第三人，降低全社会的交易成本，推动我国信用制度的建立，发挥积极作用。要维护市场经济的公正性、公开性、公平性，经济行政机关必须发挥应有的保护性职能。但政府不得为了私利而限制公平竞争、垒起行政垄断和地方保护主义的“篱笆墙”。所谓“地方保护主义是块臭豆腐，闻着臭、吃着香”的实用主义态度必须予以纠正。

保护型干预与尊重型干预是密切相连的。因为，保护企业公平竞争与公正交易应有秩序，实际上就是要保护企业商法自治原则和诚实信用原则不被滥用。但要明确，企业商法自治原则受到了侵害，并不必然导致行政权的干预。在很多情况下，博大精深、体系严密的民商法原则和制度，包括诚实信用原则、公序良俗原则、合同制度、代理制度、侵权制度和民事责任制度等，都足以被市场主体自觉运用，从而铲除不法、不当的市场行为，理顺受害人与不法、不当行为人之间的利益关系，恢复市场的正常秩序。而且，即使行政权介入的结果，导致了不法、不当行为人的行政法律责任，也不能代替受害人与不法、不当行为人之间私法关系的再调整。经济行政机关以行政处罚款代替民事赔偿的做法更是错误。

3. 对国民经济进行宏观调控（简称宏观调控型干预）。

这是第三层次的干预。政府直接管理经济的传统模式要尽快向宏观经济调控模式转变。在真正还权于企的同时，把大多数经济行政行为由政府对企业的直接、微观管理模式转变为间接、宏观调控模式。把综合经济管理部门改为宏观调控部门，绝不是简单的名称更换。宏观经济调控要“抓大放小”，该管的管住、管好；不该管的，放开、放活。宏观经济调控的对象与其说是企业，不如说是市场。因为，政府原则上不能直接介入企业的微观商事活动，对企业决策直接产生影响作用的，与其说是政府，不如说是被政府引导和调控的市场。政府、市场、企业这三者的关系可以概括为政府调控市场、市场引导企业。

宏观经济调控以追求社会整体经济利益、宏观利益为目标。如果说市场机制和商法自治原则的主要功能是保持和增强企业的个体活力，那么宏观调控和宏观调控法律制度的主要功能是对国民经济进行合理的调节，确保国民经济有序运行。所谓“没有微观管理权，宏观调控权必然用不好”的观点是错误的。

要确保国民经济宏观调控的方向正确、效果良好，就必须明确宏观调控的目标。在实践中，对此存在着广狭不同的解释。狭义解释仅限于经济增长率和全国商品零售价格涨幅；广义解释除覆盖这两项内容外，尚包括全社会固定资产投资增长率、居民消费价格涨幅、财政收支差额、货币发行量、外贸进出口总额、人口自然增长率、城镇登记失业率、农村贫困人口减少数量、主要工农业产品产量、全社会固定资产投资总规模、基本建设计划新增主要生产能力、广播电视人口覆盖率、城镇居民人均可支配收入和农村居民人均纯收入实际增长率。

笔者认为，宏观调控的目标在不同的历史时期、在不同的社会经济政治背景下，有着不同的内容。但不管在何时何地，宏观调控的目标还是具有一些本质性的要求，那就是：平衡经济总量，优化经济结构，防范金融风险，抑制通货膨胀，推动国民经济的稳定、快速、健康、可持续发展。其中，总量平衡与可持续发展是宏观调控目标中的精髓。当然，这种目标需要因时制宜、因地制宜，允许在不同的情形下有所侧重。

为了实现宏观调控的目标，就要设计一系列宏观经济调控手段。这些手段主要包括：（1）政策引导。即制定经济和社会发展战略、方针和产业政策，在此基础上制定行业规划和行业政策，控制总量平衡，规划和调整产业布局；（2）杠杆引导。即根据产业政策和规模经济要求，运用利率、税率、汇率和价格政策等经济杠杆，引导企业调整产品结构和企业组织结构调整，实现资源合理配置；（3）信息引导。政府要及时发布各类与企业经营密切相关的宏观调控政策及其贯彻情况的反馈信息，从而引导企业决策行为；（4）市场准入。即政府为了实现特定的宏观调控的目标，根据法律规定，对适格企业发放行政许可。未获行政许可的企业不得进入特定市场。为兼顾宏观调控的有效性与经济行政的廉洁性与公正性，应当严格规制政府发放行政许可的范围与程序。行政许可的适用范围要少而精。（5）行政指导。即政府为了实现特定的社会经济利益目标，运用其享有的行政权，引导和规劝企业为一定行为或不为一行为；（6）法律监督。事中和事后的监督，与事先引导同等重要。政府要加强对企业商事行为的监督检查，制止违反宏观调控法律制度、破坏宏观调控的企业活动。

宏观调控的主要手段绝不是互相孤立、互不搭界的。它们应当彼此协调、相互衔接、相辅相成，共同构成一个内在统一的有机整体，即宏观调控体系。在一部庞大的全国性宏观调控大机器中，每个调控部门只不过是一个螺丝钉。因此，各个宏观调控部门一定要识大体、顾大局，随时牢记共同的宏观调控目

标。要强调部门间的团结、合作、沟通、默契和团队精神。宏观调控机制内部不能发生内耗。要力戒不同的宏观调控手段之间各自为战、互不协调，甚至互相矛盾、互相抵销、让企业和市场主体搞不清究竟以哪个调控手段的马首是瞻。

应当明确，宏观调控法的重心与其说是规制被调控者的行为，不如说是规制调控者的行为。宏观调控者应当自觉接受法律的规制和监督。

4. 促成企业享受法定权利和利益（简称促成型干预）。

这是第四层次的干预。这一干预的特点是促成和帮助企业取得最佳的经营效果。它既不同于消极的尊重型干预和保护型干预，也不同于直接的给付型干预。其表现形式多种多样。例如，提供企业决策和经营活动所需要的信息和咨询；协调企业与其他单位之间的关系，保障企业的正常生产经营秩序；为企业正常的购并活动、投融资活动和其他商事活动，清除地方政府、政府部门或其他社会组织的不正当干预；为企业摆脱历史包袱、轻装上阵而建立和完善职工养老保险等社会保障体系。

政府进行促成型干预要注意度的把握，力求帮忙而不添乱、热情而不专断，力戒喧宾夺主、包办代替，更不得助纣为虐。例如，政府可以为民营企业的合并和重组创造条件，但不得越位干预，硬性捏合、拉郎配；政府可以为企业的股票上市清除障碍，但不得搞“捆绑上市”、“包装上市”的恶作剧；若此等等。

5. 向企业提供某种经济利益（简称给付型干预）。

这是第五层次的干预。在市场经济条件下，适当的经济利益给付也是必要的。经济行政机关有义务为了推动整体社会经济利益（如鼓励开发中西部地区、保护环境、鼓励企业承担社会责任），而向企业提供政府采购、政府补贴和奖励（如退税、贴息）等经济利益。为了提高政府采购行为的透明度，同时保护好政府采购人与供应商的合法权益，早日出台《政府采购法》已经迫在眉睫。经济行政合同将愈来愈成为国家干预市场经济的重要有效形式。

政府的给付型干预不仅适用于企业，而且也适用于作为公民个人的劳动者、消费者、投资者等市场主体。如政府有义务为劳动者创造就业机会、提供社会保障体系等。从广义上说，经济行政机关向企业提供的信息和社会服务，实质上也是一种给付，只不过与传统的财物型给付有所不同而已。

给付型干预是围绕特定的宏观经济调控政策，或者为了国民经济的整体利益而展开的，不是为了企业的个体经济利益而搞扶贫救济、“普渡众生”。应当充分体现平等对待的原则，不得开后门。因而，这与传统计划经济体制下政府无止境地对企业输血、企业无休止地向经济行政机关要钱要物的“跑部钱进”现象不同。

值得注意的是，政府进行给付型干预时，既要遵守我国法律规定，也要遵守WTO规则。我国政府目前针对某类企业、某类产品、某类地区、某类产业提供补贴、贷款和税收优惠的政策，有违WTO《补贴与反补贴措施协议》所反对和限制的补贴专向性原则以及被禁止补贴的规则，急需作出如下调整：要么彻底取消，要么普遍实行。例如，对出口产品或企业特别是先进技术型企业和产品出口型企业所得税和流转环节的退抵减免、成本或费用补贴、利润减免或返还、折旧或科技费用提取、贷款或购置土地优惠等变相资助，即被《补贴与反补贴措施协议》所禁止。又如，我国《外商投资企业和外国企业所得税法》在所得税税率、税收减免、税收返还三个方面对外资企业实行了分地区、有重点、多层次的税收优惠办法，创设了所谓的“超国民待遇原则”，既违反WTO规则中的国民待遇原则，也为《补贴与反补贴措施协议》所禁止。再如，近年来我国政府对512户国家重点企业实施了“双保”性质的封闭贷款和一些技术改造贴息贷款等一系列扶持政策，也有悖WTO规则，在我国加入WTO后不宜继续推行。

（四）经济行政权的行使要遵守法定、效率、公平、人权尊重、透明度和司法审查六原则

1. 经济行政权法定原则

经济行政权法定原则应予尊重。虽然政府与被干预企业之间不平等，但也要贯彻经济行政权主体法定、内容法定与发动程序法定原则。要杜绝违法行政、脱法行政、卖法行政、弄法行政。经济行政权的行使不仅要合乎行政法，也要合乎民法和经济法的规定。民法法和经济法实质上都是对经济行政权的限制。因为行政权力与商事权利都是资源的法律配置方式，二者此消彼长。商事权利的应有生存空间被确认、扩大了，行政权力的滥用空间也就相应地缩小了。

不仅具体行政行为要合法，抽象行政行为也要合法。在政府制定行政法规和行政规章时，既要大胆地推进经济体制改革、果敢地进行制度创新，也要注意避免无谓的名词创新，预防和减少不应有的概念混乱。经济行政法规和行政规章中的术语应尽量与现行法律和基本法学原理中的术语一致起来。为解决好这一问题，政府部门应当自觉、主动地聘请法学家参与经济行政法规和行政规章的论证、起草和把关。

2. 效率原则

经济行政权的行使要体现合法性原则，也要体现效率原则。政府要增强服务和效率意识，自觉树立尊重市场主体合法利益的市场主体本位意识，从骨子里剔除轻视企业权利、鄙视高法自治的封建官本位意识。要增强政府的公仆意识，必须十分强调纳税人的主人意识、公民的人权意识。一些政府工作人员误以为“经济法治”是指政府用法律手段（法）治企业、整企业，而不是指依法保护、成全、服务于企业。这种观念急需转变。要破除官气十足的衙门作风，克服“门难进、脸难看、话难说、事难办”的怪现象，制止公文丢失、公文旅行、审批速度过慢、甚至谎称公文丢失、拖着不办、坐等进贡行贿等封建社会旧官场上恶劣伎俩的重演。经济行政机关应当有一部可资遵循的、对办事期限作出明确规定的《行政程序法》。依笔者之见，如果经济行政机关超过了法定办事期限，仍然不给予明确答复，既不表示同意，也不表示反对；那么，有关的企业和市场主体有权推定经济行政机关已经默示地表示同意。此种推定权，应当得到包括办事拖拉机关在内的所有经济行政机关，乃至全社会的尊重。其他经济行政机关不得以该机关没有审批、盖章为由，拒绝为企业和市场主体提供行政服务。

此外，各部门经济行政权的界定，既要分工明确、提高行政效率，避免各部门之间由于职能的不当交叉而互相推诿、互相争权；又要互相制衡，避免某一部门的经济行政权过分集中，出现“部门权力垄断”；还要互相衔接，避免出现三不管的问题。

3. 公平原则

经济行政权的行使要体现公平原则。政府在行使行政权时，应当找准自己的角色定位。政府是企业竞争游戏中的“裁判员”。政府应当站在中庸、公允、超然的立场上，对于所有市场主体都一视同仁，而不得厚此薄彼，随意为某些企业开小灶、开旁门左道。

强调公平原则，也是政府干预市场经济走向法治化的题中应有之义。原因在于，政府干预市场经济的法律基础不是国家所有制，而是社会管理者的法律角色。在传统计划经济体制下，国家是投资的主体。专业经济行政机关正是靠在国家所有制的大树上直接管理企业、对企业的设立和经营活动进行层层审批的。经过二十年来的改革开放，不仅国有经济的规模日益扩大，而且以公有制为主体、多种经济成分共同发展的格局已经展开，企业的投资主体日趋多元化，企业组织形式和经营方式发生了很大变化。在这种情况下，政府干预市场经济的法律基础只能是社会管理者的法律角色，舍此无他。

既然是全社会的管理者和代理人，政府在行使行政权时，对于所有市场主体当然要平等对待、一碗水端平。政府不得为了增进自己由于私利而偏爱的某些企业的利益，而去剥夺、限制其他企业的合法权益。既不能在投资者所有制性质上有所偏袒，也不能在贫富企业间、大小企业间、内资与外资企业间、本地与外地企业间有所歧视。

为实现经济行政权的公平行使原则，既要注重经济行政的公开化，也要强调经济行政的民主化和科学化。例如由官员、学者和社会公众代表所组成的专家委员会制度就应导入经济行政机关的决策体制。不仅宏观调控政策的制定要实行专家委员会制（如中国人民银行的货币政策委员会），其他重大经济行政行为也要实行专家委员会制，如政府采购的招标评审委员会等。

4. 人权尊重原则

经济行政权的行使要体现人权尊重原则，实现人道主义行政或仁政。我国历来重视人权问题，已经加入17个国际人权公约，签署了联合国《经济、社会与文化权利国际公约》，并且正在研究加入《公民权利和政治权利国际公约》。党的十五大报告在谈到健全民主制度时，在党的历史上第一次把“尊重和保障人权”写进了党的政治报告。现代社会之所以要赋予和保护人权，主要是由于公民个人的生存和发展面临着政府滥用权力（包括经济行政权）的威胁。因此，经济行政机关在发动行政权时，必须顾及、尊重公民的人权与基本自由，既包括第一代人权（民事权利和政治权利），也包括第二代人权（经济、社会、文化权利），还包括生存权和发展权等。即使行政权的发动符合法定原则，也不能侵犯人权和基本自由。因此，人权与基本自由也是经济行政行为的最低道德基线。只有同时符合法定原则和人权尊重原则的经济行政行为，才是既合法（legal）又正当（legitimate）的。

在经济体制转轨转型期间，经济行政权与人权发生碰撞、冲突的概率和机会极大。在这种情况下，若二者无法同时兼顾，应当采取人权优于经济行政权的价值取向。经济行政机关对此不可等闲视之。例如，经济行政机关不能以片面强调行政审批手续为由，捣毁没有社会保障和收入来源的老年人摆地摊的个体营业活动。又如，政府无权为了社会公共利益之外的其他目的（例如为了帮助港商或外商赚大钱），强迫城市繁华地段的居民搬迁，搬迁后不予及时、充分、有效、妥善的补偿和安置，更是有违人权保护的精神；即使政府强制居民搬迁的各种行政批文一应俱全，也不能逃脱人权法对经济行政权的约束。普通百姓与百万富翁在人格尊严和价值上是平等的。再如，除非情况紧急又合乎法律规定，政府的宏观经济调控措施不得剥夺、妨碍、限制公民的人权与基本自由。

5. 透明度原则

阳光是最好的防腐剂，灯泡是最有效的警察。没有监督或监督流于形式的经济行政权必然产生腐败。现在的问题是，经济行政机关的工作和生活往往处于很神秘的状态，离一般纳税人十分遥远。现实经济生活中，有些政府部门制造和发布虚假统计数字，企业、学者、社会公众向有关部门查询信息经常受到冷遇和刁难，就是有些政府部门之间也是互相保密、甚至有偿提供信息。长此以往，将会严重背离政府干预市场经济的宗旨。

为确保经济行政权的廉洁、提高经济行政行为的透明度，借鉴证券法上的上市公司信息披露制度，建议在全国实施经济行政行为公开化的阳光工程。除确需保守国家秘密的情形，政府都有义务及时、全面、真实地向社会披露。经济行政机关的职责、办事制度、办事程序和办事期限如何；每月、每周、每天都干了哪些工作；公费吃喝、坐车（包括车辆的种类、档次、价格）和住房情况如何；政府采购和重大投资项目的招标等政府经济行政行为，以及其他与广大纳税人利益密切相关的各种情况，都要形成真实、易懂的文字，并备置于经济行政机关的办公场所。经济行政机关还应当经济采用现代通讯技术，及时全面地通过政府公报、大众传媒和电脑互联网等信息载体发布以上经济行政信息。

与经济行政机关信息披露义务相对应的，是利害关系人的知情权。政府是人民的政府，所有人民都有权监督经济行政行为。不仅上级行政机关、同级权力机关，而且所有纳税人、企业、大众传媒、社会经济团体和其他社会组织都对此享有知情权。每位纳税人在办公时间之内，都有权前去查阅，也有权自费复印有关内容。经济行政机关对于这种知情权必须予以尊重，并满腔热情地提供有关方便和条件，如为方便纳税人复印有关内容而购置复印机等。如果纳税人的知情权遭到了经济行政机关的无理拒绝，纳税人有权申请法院强制执行。

舆论监督成本低、覆盖面广、社会影响快而深远。经济行政机关应当满腔热情地鼓励和支持大众传媒对其经济行政行为进行经常而有效的监督。新闻记者是党的喉舌，是党代表人民的根本利益而表扬先进、鞭挞丑恶的忠诚卫士。当前，新闻记者在披露违法经济行政行为时，不时受到明目张胆的破坏和干扰。建议参照处理妨害公务的违法行为的有关政策和法律，严厉查处殴打新闻记者、破坏新闻记者采访工作顺利进行的各类违法犯罪案件。另一方面，新闻监督也要依法进行。大众传媒要恪守新闻监督的真实性、客观性、中立性和公正性原则，承担起应有的社会责任。

要切实加大权力机关的监督力度，克服权力机关在经济法律监督机制中的监督权威虚置现象。政府是由同级权力机关选举产生的。权力机关当然有权对经济行政权的运作行使监督权。政府的主要负责人还应定期向国家权力机关述职、接受质询。权力机关还有权对经济组织的违法行为进行监督检查。这对于制止行政权专横，确保经济行政行为的合法性、妥当性和效益性意义重大。

6. 司法审查原则

为确保经济行政权的行使符合法治精神，必须把经济行政行为置于法院的司法审查范围。具体行政行为为不待言，就是抽象行政行为也不能游离于司法审查之外。鉴于违法的抽象行政行为（包括违反法律的行政法规和行政规章、行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令等）造成的损害从广度和深度上都甚于具体经济行政行为，自由裁量行为也容易逸出法治框架，有必要尽快承认和加强法院对抽象行政行为和自由裁量行为的司法审查权。

魔高一尺，道高一丈。法院对自由裁量型经济行政行为的司法审查，既需要法院的勇气，更需要法院在公正解释法律和公平原则、综合衡量各种利益关系的基础上发挥法院的司法自由裁量权。只承认经济行政机关的自由裁量权，而否认法院的司法自由裁量权，就无法把经济行政权的行使纳入法律的监督和控制之下。

鉴于抽象行政行为与具体行政行为相比具有自身的特殊性，为稳妥起见，确定法院管辖权的原则应

当是，各级人民法院有权对同级人民政府及其所属部门的抽象行政行为进行审查，也有权对下级人民政府及其所属部门的抽象行政行为进行审查；但下级人民法院无权对上级人民政府及其所属部门的抽象行政行为进行审查。

政府在行使经济行政权的过程中，拒绝或怠于履行自己所负的法律义务、或者滥用职权的，应当承担相应的民事责任、行政责任与刑事责任。就经济行政机关的行政责任而言，以其对应的权利主体为准，可分为对国家所负的行政责任和对管理相对人所负的行政责任。其中，对国家所负的行政责任又可分为行政处罚与行政处分。在两类责任并存的时候，从切实保护受害人合法权益的角度来说，追究经济行政机关对管理相对人所负的责任处于更加根本、基础的地位。这也是现代法治社会权利本位思想的必然要求。以行政违法行为的表现形式为准，对管理相对人所负的行政责任又分为行政侵权责任与行政违约责任。政府违反了其与经济组织订立的经济行政合同应承担行政违约责任。政府就其侵犯经济组织合法权益、并造成损害的具体行政行为，应当承担行政侵权赔偿责任。

政府承担行政侵权赔偿责任的具体行政行为从外延上看，包括：（1）违法实施的行政处罚（如罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物）；（2）违法对财产采取的行政强制措施（如查封、扣押、冻结）；（3）执火明杖地乱征收财物、乱摊派费用、乱化缘的行为；（4）造成财产损害的其他违法行为（如瞎指挥、非法干预商事活动的行为、侵害企业商誉权、商业秘密的行为）。具体行政行为既包括积极的作为，也包括消极的不作为。除了法定的无过错责任原则的适用情形外，如果经济行政机关由于无过错而实施了某一具体行政行为，虽不属于行政侵权行为，不应予以行政赔偿，但仍应予以行政补偿。

企业和经济组织遭受的侵害，既可以体现在财产权方面，也可体现在人格权方面。按照我国《国家赔偿法》，目前经济行政机关的行政侵权责任只限于财产权方面，对财产权造成损害又坚持直接损失赔偿原则，拒绝接受实际损失赔偿原则，从而把企业遭受的间接利益损失（即期待利益损失）请求权拒之门外。殊不知，间接利益损失和直接损失一样，也是实际损失，把间接利益损失请求权排斥在外，诚属不公，亟待改革。

三、完善企业立法，推动国内外投资者的投资热潮

（一）抓紧修改公司法

公司制度作为现代社会的伟大发明之一，是推动社会进步的重要原动力。要发展市场经济，推动国有企业的公司制改革，就得有一部科学、完善的《公司法》。我国《公司法》到2000年7月1日，即将施行8周年。由于我国公司实践起步较晚、公司法理论研究薄弱、起草时间仓促等原因，致使《公司法》存在不少缺陷，修改《公司法》已迫在眉睫。全国人大常委会于1999年12月25日作出的《关于修改公司法的决定》，增设了国有独资公司监事会，放松了高新技术股份有限公司发行新股和申请股票上市的条件，允许在证券交易所内部为高新技术股份有限公司股票开辟第二板块市场。这些修改有着重要的现实意义，但毕竟不是对《公司法》的全面修正。

修改《公司法》应当坚持以下指导思想：既强调保护股东的权利（含自益权与共益权），也强化股东的足额出资义务；既强调公司的营利性，也强调公司的社会责任；既强化公司董事和经理的忠实义务与善管义务，也注重保护他们的创业精神；既尊重股东的投资自由和股东权益，也保护善意第三人和交易安全；既立足于中国国情，也与世界发达国家的公司法接轨；既扩张公司自治和股东民主的范围，也注重强化登记机关和登记行为的公信力；既要解决好企业进入市场的问题，简化公司设立程序；也要解决好企业退出市场的问题，填补公司解散程序中的立法空缺，如清算人缺位的问题；更要解决好公司治理和投融资中的难点问题。

应当完善的具体制度很多，将其主要者列举如下：（1）进一步丰富股东权的内涵与外延，切实保护好股东权；尤其是规定股东行使代表诉讼提起权的条件和程序，以强化股东对大股东、公司董事和经理的监督与制衡。（2）完善公司治理结构，借鉴法国经验，将“双层制”与“单层制”同时作为可供公司章程选择的公司治理机构模式。在“双层制”下，把监事会重新确定为董事会的上位机关，监事会有权任免董事会的成员，以强化监事会的监督职能。在“单层制”下，应当全面导入英美法系的独立董事制度；进一步完善职工董事和职工监事制度，将这两种制度推向雇工规模达到一定数额的所有公司，而不问该公司是国有公司，还是民营公司，是内资公司，还是外资公司。（3）建立健全公司经营者的约束机制与激励机制。既要明确公司董事和经理善管义务的折衷性标准，导入经营判断原则，规定董事和经理责任保险制度，也要设计一套面向公司经营者的年薪制度和股票期权制度等激励机制。（4）针对控制股东滥用资本多数决原则的现象，有必要确认控制股东的对小股东所负的诚实义务。（5）有必要把公司社会责任写入立法宗旨或公司目的条款，实现公司目标的营利性与承担社会责任并重。（6）为强化投资者在投资及经营中的欺诈行为和违反诚实信用原则的行为，应当导入公司法人资格否认理论，明确规定出资不齐、抽逃

出资的股东对公司债务承担无限连带责任，

（二）国有企业建立现代企业制度必须纳入《公司法》调整轨道

国有企业建立现代企业制度的实质，就是实行规范的公司制改革，实现国有企业的公司化。要尊重《公司法》的权威，把每一个国有企业纳入《公司法》的调整轨道，建立明晰的产权结构和廉洁高效的公司治理结构。

为促进现代公司治理结构的建立，必须严格区分国家参与的行政法律关系与国家参与的民事法律关系（含商事法律关系）。一方面，从国家公权力执掌者的地位出发，强化国家对市场的适度干预职能；另一方面，明确国家作为企业投资者所享有的股东权（包括自益权与共益权）；企业作为独立的市场主体对国家股东及其他股东投入的资本和企业财产积累享有神圣的法人所有权。国家行政权、国家股东权与企业法人所有权“三权分离”的模式即股东权模式，是搞好国有大中型企业的根本出路。企业只对投资人负责，而不是对政府部门负责，国家原则上不能再直接管理企业。当然，要在实践中彻底划清国家的两种职能和身份还需要一个过程。

有人认为，国有企业的投资主体是缺位的。这是一种误解。国有企业的投资主体很明确，那就是国家。真正处于虚位状态的是国家股权的代理人，而非国家本身。有鉴于此，国家股权的代理人必须界定清楚。当前，这一代理人身份是由政府、国家授权投资的机构或部门共同承担的。从近期看，要鼓励国家授权投资的机构或部门与行使经济行政权的政府部门脱钩。国家授权投资的机构是私法人，受破产法的规制，以确保其与其他商事主体间的公平竞争秩序，落实国家作为公司股东所享有的有限责任利益。国家授权投资的部门是公法人，为防止其滥用权力，从长远看不应作为代行国家股权的主体。从长远看，国家财产代理人应当向商事公司方向发展。

为降低国家投资风险，建议把政府代表国家投资的范围限制到法定范围，例如企业不愿、无力或不适合投资的公用事业领域和少数产业开发领域。为减少国家股权的多环节多层次代理成本（包括腐败现象），应当严格限制国有独资公司的适用范围，不宜把国有独资公司作为国企改革的主要方向。鉴于国有企业公司制改革后，国家股在大多数公司中仍将处于大股东的支配地位、国家股东权的代理机构有可能滥用资本多数决原则、也极有可能把传统国有企业经营机制的弊端传染到现代企业制度中去，国家所持的股份原则上可以界定为在股东大会上没有表决权、但在公司利润和剩余财产分配上享有累计优先权的股份。这样既可确保国有资产保值增值，又可充分调动其他股东的积极性；既减少国家股东权的代理成本，又能避免其他股东和公司经营者侵害国家股东权益，有一举四得之效。

按照股东平等、国家股东权有进有退的原则，应当允许国家股东权依法自由流转。既要稳妥地探索国有股权减持的作价方案，避免国有股减持对证券市场的非必要负面影响，强化投资者信心；也要探索增进国家股东利益的其他新途径，如允许国家股东购买其他公司的股份，等。

（三）落实抓大放小的方针，完善公司集团立法和中小企业促进法

可以预言，我国加入WTO后，世界级公司巨星、尤其是跨国公司集团将纷纷到中国安营扎寨、占领市场。有必要通过兼并、联合等手段组建一大批以母子公司关系为纽带的、“航空母舰”式的、我国企业按照金字塔形式层层控股的、资本充裕化、经营多角化、管理科学化、品牌民族化、利润理想化的巨型公司集团。搞公司集团，眼睛不必只盯在国有企业上，凡是有实力的城镇集体企业、乡镇企业、私营企业甚至外商投资企业都可以被吸收到国家控股的公司集团里面来。在国有企业、国有独资公司参与组建企业集团时，应当获得国家股东代理机构的批准，而不宜由企业经营者擅自拍板；但国家股东代理机构在批准时，应当秉持审慎原则，进行充分论证，切忌“拉郎配”、“归大堆”。

相应地，国家应尽快完善公司集团立法。我国现行《公司法》以若干股东设立独家公司的“核心公司家庭”为假定调整对象。当时，立法者尚未预料到公司作为股东设立子公司、子公司复出资设立孙公司、孙公司又出资设立曾孙公司的“四世同堂乃至五世同堂公司家庭”在现实经济生活中的重要性。有必要借鉴发达国家的立法例，从规范母公司与子公司之间的关联交易、建立公司集团的合并财务会计报表制度、保护子公司债权人与小股东的合法权益方面，实现对母公司利益、子公司债权人利益及小股东利益的均衡保护。从单纯规范单一公司，到同时规范单一公司与公司集团，反映了立法者对公司法律现象的认识规律，体现了现实经济生活对立法的迫切需要。

在完善公司集团立法的同时，为放开搞活国有中小企业，还要抓紧制定《中小企业促进法》。因为，包括国有中小企业在内的中小企业在活跃城乡经济、满足社会多方面需要、吸收劳动力就业、开发新产品、促进国民经济发展等方面，已经并将继续发挥重要作用。运用法律手段，促进中小企业的发展，也

是一大国际趋势。例如，为改善经营环境，鼓励企业、尤其时中小企业的设立和发展，欧盟（包括其前身欧共体）为协调各成员国的中小企业立法，在欧盟和欧共体层次上出台了一系列措施。欧共体理事会先是由于1986年11月3日通过了《中小企业行动纲领》，又于1988年6月30日通过了《关于改善经营环境、采取措施推动欧共体范围内企业尤其是中小企业发展的决议》，并于1989年7月28日通过了《欧共体理事会关于改善经营环境、推动企业尤其是中小企业发展的决定》。《中小企业促进法》的宗旨在于：消除妨碍中小企业发展和设立的不合理的行政、金融和法律限制，从制度上保障全社会能够为中小企业提供信息咨询、市场开拓、筹融资、贷款担保、技术支持、人才培训等服务，并着重扶持中小企业特别是科技型企业向“专、精、特、新”的方向发展，同大企业建立密切的协作和伙伴关系，提高生产的社会化水平。

（四）进一步完善上市公司治理机制，维护中小投资者合法权益

我国上市公司的现行治理状况，既暴露出了《公司法》和《证券法》的立法瑕疵和不足，也暴露出了证券市场监管机构和司法机构在执行《公司法》和《证券法》方面的无能和低效，更暴露出了广大中小投资者在依法护权方面的软弱和无奈。近年来上市公司中的琼民源、红光、银广夏等一系列公司肆无忌惮地编造虚假财务资料、欺骗广大投资者，且有中介机构为其摇旗呐喊的丑闻，一而再、再而三地印证了这一点。

为强化我国上市公司对外国投资者的吸引力，切实改进我国上市公司的治理水平，提高公司经营的透明度，确保公司经营者对广大投资者负责，必须推出一系列标本兼治的过硬措施。如严格划分行政权力与股东权利，切实做到政府部门与母公司、上市公司之间的政企分开；强化信息披露制度；加大对上市公司经营层、证券公司、机构投资者等市场主体沆瀣一气，实施内部人交易和其他违法交易行为的法律规制力度，等等。但完善公司治理的关键，在于保护广大中小投资者享有实实在在的权利。尤其要明确，为了维护自身利益和其他广大股东利益，投资者有权对公司经营者、中介机构、机构投资者的违法行为、违约行为和侵权行为，提起民事诉讼（含股东个体诉讼、股东代表诉讼、股东集体诉讼），获得民事损害赔偿和救济；投资者有权对证券市场监管者的违法行为（含作为与不作为），提起行政诉讼，获得国家赔偿和救济。对于我国广大中小股东对公司的董事、其他经营者和中介机构提起的民事诉讼被一些基层法院无故驳回的错误做法，在我国加入WTO之后已经到了非扭转不可的地步了。在许多市场经济发达国家，法官以法律没有规定为由拒绝受理民事诉讼案件是违法的。例如，《法国民法典》第4条明确规定：“法官借口法律无规定、不明确或者不完备而拒绝审判者，以拒绝审判罪追诉之”。我国未来的《民法典》或者现行的《法官法》、《法院组织法》都应当采取这一立法态度。法院更不得以当事人提起的诉讼不属于现有的法院立案案由而拒绝受理案件。至于公司经营者和中介机构的违法行为已被追究行政法律责任，不应成为法院拒绝受理以被处罚者为被告的民事诉讼案件的理由。须知，要把投资者权益保护运动全面推入21世纪，必须综合运用民事责任、行政责任和刑事责任三大克星。其中，民事责任在法律责任体系中处于核心地位。对于实施欺诈行为、侵害投资者权利的管理人、托管人和其他投资基金当事人，应当借鉴《消费者权益保护法》第49条的经验，实行惩罚性赔偿制度。三大法律责任在许多具体情况下，是同时适用、并行不悖的。所谓“罚了不赔、赔了不罚”的说法是十分错误的。只有这样，才能充分发挥法律的补偿、制裁和教育这三大功能。

值得一提的是，在发达国家有“经济警察”之美誉的注册会计师、资产评估机构、律师事务所、公证处等中介机构，作为市场经济中不可或缺的环节，其是否具有较强的公信力、独立性和公正性，直接关系到我国加入WTO后的中国证券市场的兴衰成败。因此，应当完善相关立法，以强化中介机构及其从业人员的职业操守和业务素质，实现中介机构执业标准与国际惯例接轨。涉及对中介机构及其从业人员具有约束力的法律条文，应当具有明确的表述。例如，《证券法》的第161条规定，出具虚假报告的中介机构“应就其负有责任的部分承担连带责任”。但是，究竟何为“负有责任的部分”，这种表述就显得非常模糊。完善上述中介机构立法势在必行。

（五）实现外商投资企业立法与公司立法的并轨，赋予外商投资企业国民待遇

我国从1979年以来陆续制定了三部外商投资企业立法。在《公司法》出台之前，我国已经颁布了三套外商投资企业立法：《中外合作经营企业法》、《中外合资经营企业法》和《外资企业法》。而这些外商投资企业中有相当一部分是有限责任公司。《公司法》与三套外商投资企业立法就同一事项有不同规定的情形不少。

这三套外商投资企业立法对于吸引和规范外商投资企业的设立与经营管理发挥了重要作用。但随着时间的推移，从立法技术上和实体内容看，还存在着不少缺陷。外商投资企业立法已经不再适应对外开放的需要。例如，根据其中在《中外合作经营企业法》和《中外合资经营企业法》中，将外方投资者界定为“外国公司”、“企业”和“其他经济组织或个人”，而对中方投资者的界定中却没有“个人”。显然，这对中国的个人投资者不公平。《中外合资经营企业法》将中外合资经营企业界定为“有限责任公司”，

其董事会为最高权力机构，公司不必设立股东会 and 监事会。而国内投资主体办的有限责任公司，根据1993年制定的《公司法》应当设立股东会、董事会及监事会三套组织机构。例如，根据外商投资企业立法，外商设立有限责任公司实行绝对审批制，一律报经对外经济贸易主管部门批准；而根据《公司法》第8条规定，国内股东要设立有限责任公司，实行登记制为主、审批制为辅的原则。

鉴于现行外商投资企业立法的某些特别规定，不仅不合乎国际通行的公司治理结构，也大大落后于我国现行的公司立法，为鼓励外商投资，应当尽快废止现已落后的三套外商投资企业立法，实现外商投资企业立法与《公司法》的并轨。凡是涉及外商投资企业设立、组织机构、股东权、合并、分立、破产、解散、清算和财务、会计等事项的，都应与国内投资的公司一体纳入《公司法》的调整轨道，立法者不应当、也没有必要就这些内容作出与《公司法》相重叠、相抵触的规定。不必要的立法内容的重叠，是立法技术粗糙的集中表现，是各国立法者最忌讳的败笔之处。而不必要的立法内容的抵触，则直接违反了市场经济社会中的平等原则，与我国加入世贸组织而应当采纳的国民待遇原则更是背道而驰。在合同法领域，1999年新《合同法》的出台标志者涉外经济合同法、经济合同法与技术合同法的三足鼎立局面的结束，也标志者中国与外国的法人、自然人与其他组织之间在合同领域已经确立了平等原则。既然在行为法和债法领域能贯彻中外平等的原则，在组织法和公司法领域也不应存在例。

至于不采取法人形式的外商投资企业，当然不能适用《公司法》。但可以分别纳入《合伙企业法》、《个人独资企业法》和《合作社法》的调整范畴。当然，针对外商投资的特殊性，立法者可以考虑制定《外商投资促进法》。但是，该法不是商法中的组织法，不是公司法的特别法，而属于经济法中的促成型干预法，具有浓厚的公法色彩，主要规制允许、限制、鼓励、禁止外商投资的产业政策，以及政府鼓励外商投资的经济杠杆。

在外商投资企业立法修改之前，应当明确《公司法》与三套外商投资企业立法之间一般法与特别法的关系。也就是说，《公司法》与三套外商投资企业立法就同一事项有不同规定时，优先适用外商投资企业立法；《公司法》就某一事项没有规定、外商投资企业立法对此有规定时，应当适用外商投资企业立法；《公司法》就某一事项有规定、外商投资企业立法对此无规定时，应当适用《公司法》；《公司法》与三套外商投资企业立法就同一事项均无规定时，应当适用《公司法》的基本原则（如资本多数决定原则、股东平等原则）和公司法理。法院和仲裁机构裁决有关外商投资企业的纠纷时，也应当根据上述精神确定裁判案件的法律依据。

四、我国“入世”后消费者权利的法律保护前瞻

我国广大消费者将是我国“入世”后的最大受益者。由于我国“入世”后要进一步削减关税，逐步取消一些非关税壁垒，来自其他世贸组织成员国的物美价廉的商品将会源源不断地进入中国市场。届时，我国的买方市场将更加不可逆转地形成和发育，我国消费者将会需有更多的选择自由，外国进口日常家电等耐用消费品的价格将会进一步下调。除了商品之外，外国高质量的金融、保险、旅游、娱乐、电信等服务也将纷纷登场，供我国消费者选择。更为重要的是，我国国内的生产者、销售者和经营者也将在国外同行的竞争压力面前，被迫开发和采用高新技术，进一步提高产品和服务质量，降低商品和服务价格，从而对消费者提高更多的便利和实惠。我国不少国有企业（如电信、金融、保险、商业批发等企业）曾长期处于垄断地位，即使消费者对其服务不满意，也只得忍气吞声。但外国竞争者的进入，将会从根本上杜绝这一问题。因为，消费者可以“用脚投票”或者“用钞票投票”，冷落那些官商作风沿袭多年的企业。

不断涌来的外国商品、服务和外国商家，既意味着消费者可以更自由地“用脚投票”或者“用钞票投票”，也意味着消费者会面临更多的诱惑和陷阱。因此，在中国大幅降低外国货进入中国市场门槛的同时，应当切实提高我国对消费者权益的保护水准。这就需要改革和完善现行立法，加大对消费者权利的保护力度，强化商家对消费者的社会责任。例如，《消法》中虽然规定了“经营者有警示义务”，但对国外商品的说明是否必须使用汉语，则语焉不详，需要进一步细化。以下仅对我国入世后消费者权利保护的前瞻问题作一初探。

（一）消费者权利和商家义务将会进一步扩张

消费者权利不是一项权利，而是一束权利。以其内容为准，消费者权利可分为自益权与共益权，前者指消费者为维护自身利益而行使的权利，如公平交易权；后者指消费者为维护广大消费者利益而行使的权利，如监督权。以其行使人数为准，消费者权利可分为个体性权利（单个消费者即可行使的权利，如多项消费者权利）与集体性权利（数个消费者共同行使的权利，如结社权）。可分为以其产生依据为准，消费者权利可分为法定权利（法律赋予的权利）与约定权利（商家与消费者约定的权利，即合同权利）。以其保护的法律法规为准，法定权利又可分为《消法》确认的权利与其他法律（如宪法、民法通则）确认的权利。《消法》列举了消费者的九大权利（安全权、知情权、选择权、公平交易权、损害赔偿请求权含惩罚

性赔偿请求权、结社权、受教育权、受尊重权、监督权)。除了这些权利之外,消费者还享有其他法律赋予的一系列权利,如隐私权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、游行示威权、言论自由等。随着我国入世和法治改革步伐的进一步加快,消费者享有的各项权利和自由(含联合抵制特定商品的自由)将会越来越多。

与消费者权利对应的商家义务也将日趋缜密。商家所负的法定义务绝不限于《消法》第16条至第25条规定的十项法定义务。其他法律也有许多条款扩张了商家的法律义务,从而强化了消费者权利。诸如《合同法》规定了商家对消费者所负的先合同义务、缔约过错责任、合同附随义务、后合同义务、格式合同条款、商家违约行为与侵权行为竞合时消费者的选择权、合同解释规则等,即属此类。

除了法律意义上的义务,商业伦理意义上的商家义务,也会获得进一步重视与强化。有良心的商家可以在法定义务的门槛之上,向消费者承诺履行更高层次的义务。例如,虽然《消法》第45条规定商家对国家规定或者约定包修、包换、包退的商品,在保修期内两次修理仍不能正常使用的,应当负责更换或者退货;商家可以更加慷慨地承诺:只要保修期内一次修理仍不能正常使用的,即负责更换或者退货,也可以承诺无理由退货。

为确保消费者权利的兑现和商家义务的履行,消费者将享有更有效的法律救济手段。例如,《合同法》对商家违约实行严格责任原则和实际损失赔偿原则,从而为违约商家赔偿消费者遭受的原始实际损失(含直接损失与间接损失)、以及二次实际损失(即投诉成本,含支出的费用和遭受的损害)铺平了法律道路。又如,为维护消费者的人格尊严,人民法院应当以实现法律的补偿、制裁和教育功能,尊重和保护消费者权益为价值取向,公正审理消费者提起的精神损害赔偿诉讼,维护消费者的精神损害赔偿请求权。精神损害赔偿很难由立法者确定一个固定的数额,应当赋予人民法院必要的自由裁量权,以便在具体个案中找到相对公平的赔偿标准。但是,这一自由裁量权的运用必须慎之又慎。再如,在仲裁与诉讼程序上,对于技术含量高、消费者消费知识匮乏、或者争议事实发生在商家的经营场所之内的消费争议可以实行举证责任倒置,以解决商家与消费者之间的信息不对称问题。

不仅消费者权利的内容将会日益丰富,而且消费者权利的保护的主体也会进一步扩大。例如,电信、互联网、金融、保险、法律、医疗、交通、娱乐、旅游、购房装饰装修等新兴领域的消费者群体将会日益壮大。

(二) 进一步完善消费者保护立法,抓紧清理、废止侵害消费者权益的立法文件

消费者法绝不局限于《消法》一部法律,而是一个由民事法律规范、行政法律规范与刑事法律规范构成的、成龙配套的法律体系。例如,《民法通则》中有关消费者民事权利能力和民事行为能力的规定,《合同法》有关消费者合同的订立和履行的规定,《产品质量法》有关商家产品质量责任的规定,《反不正当竞争法》有关商家竞争规则的规定,《公司法》、《合伙企业法》与《个人独资企业法》有关商家投资者责任的规定,都与消费者权益保护息息相关。

保护消费者权利绝非《消法》一部法律所追求的立法宗旨,而是我国整体市场经济立法的宗旨之一。凡是与消费者权益有关的法律、行政法规和行政规章,都应接受该宗旨和原则的约束和指引,不得与之相冲突。建议立法机关尽快对现有法律中确认和纵容垄断企业不当利益的条款进行一次彻底的清理,该废止的,坚决废止。例如,随着我国“入世”步伐的不断加快,除了公有制医院,非公有制医院、外商投资医院(包括外商独资医院、中外合资医院)、乃至外国医院将会进入我国医疗服务市场。可以预言,未来的医疗事故纠纷将逐渐增多。为理顺医患关系,有必要废止过时的《医疗事故处理办法》,将医疗事故纠纷导入《消法》、《合同法》和《民法通则》的调整轨道。

(三) 正确理解普通法与特别法的相互关系,适用对保护消费者有利的法律规范

在实践中,在适用保护消费者权益的法律时,存在普通法与特别法的相互关系问题。但一般法和特别法是相对的。例如,相对于《民法通则》而言,《消法》是特别法;相对于《消法》而言,涉及特定消费领域的行业管理法是特别法。一般法和特别法在适用上是特别法优先适用,一般法补充适用的关系。

在立法机关废止有关法律(尤其是行业管理法)中侵害消费者权益的条款之前,人民法院、仲裁机构、调解机构可否仅适用这些条款,而拒绝适用作为一般法的《消法》、《民法通则》或者《合同法》呢?例如,有人将《邮政法》有关邮局投递延误免于承担民事责任的规定视为特别法规定,从而排除适用一般法有关违约责任的规定。该观点颇值商榷。

一部法律(包括民法通则、消法以及行业管理法)中既有民事法律规范,也有行政法律规范,有时还

有刑事法律规范。因此,《民法通则》有关民事责任的法律规范属于民事法律规范,《邮政法》有关邮局投递延误免于承担民事责任的规定也属于民事法律规范。虽然根据特别法优于普通法的法理,《邮政法》的规定理应优先于《民法通则》适用。但是,不管是普通民事法律规范,还是特别民事法律规范,都是民事法律规范,都要遵循公平、诚实信用原则。违反该原则的民事法律规范,不应予以适用。易言之,《邮政法》有关邮局投递延误免于承担民事责任的规定固然不应予以适用,但原因不在于该规定不是民事法律规范,而在于该民事法律规范违反了民法和消法的基本原则(如公平原则、平等原则、自愿原则、诚实信用原则),不应予以适用。当然,从根本上说,立法机关应当追根溯源,尽早废除《邮政法》中的不公平的特别民事法律规范。对于涉及其他垄断性行业的法律规定,也应采取这一态度。

(四) 强化商家对消费者的社会责任

现代公司法中的公司社会责任理论认为,公司不能仅仅以最大限度地为股东们赚钱作为自己的唯一存在目的,应当最大限度地增进股东利益之外的其他所有社会利益,包括职工利益、消费者利益、债权人利益、中小竞争者利益、当地社区利益、环境利益、社会弱者利益及整个社会公共利益等内容,既包括自然人的人权尤其是社会权,也包括法人和非法人组织的权利和利益。强化公司社会责任的理论依据在于公司的经济力量及其推动社会权实现的社会义务。公司的社会责任与人权中的社会权,尤其是消费者权利紧密相连。

商家对消费者所负的社会责任,既包括商法意义上的社会责任,也包括商业伦理意义上的社会责任。商法为商家设定的社会责任是有限的,而商业伦理为商家设定的社会责任则是无限的。

聪明的商家不仅应当成为守法经营的模范,而且应当成为诚实敦厚的儒商。缺乏商业道德、不诚实守信的商家,即使算得上合法商家,也必将为广大消费者所唾弃。商家应当把增进消费者利益视为公司的经营目标和行为指南之一,而非赚钱的手段。当消费者利益与股东利益发生冲突时,商家应当尽力兼顾二者利益;如果二者实在无法兼顾,消费者利益应当优先考虑。实际上,商家对消费者承担社会责任,既是确保消费者的合法权益的基础,也是商家占领市场份额、赚取利润的远期经营方略之一。商家在激烈竞争中获胜的唯一法宝就是尊重消费者的权益,及时对消费者关注的热点问题、价值和目标作出反映,及时按照消费者需求调整自己的经营思路和市场营销战略,注重在降低生产和交易成本的同时,尽可能地向消费者提供更多的实惠、便利和承诺。因此,《公司法》应当调整董事只对公司和股东利益负责的传统立法态度,授权董事在作出公司经营决策时适当考虑消费者的利益。商家应当制定并公布充分尊重消费者利益的、系统全面的《消费者政策》。

为强化商家对消费者的社会责任,还应积极探索消费者代表参与公司董事会的新路子。具体说来,鼓励与保护消费者代表步入公司决策层,并赋予其全方位的知情权、与股东董事、职工董事一道就公司的经营战略、投资计划、产品开发、产品质量检验等重大问题参与表决的决策权、就涉及消费者切身利益的问题行使的否决权等积极、有效的权利。目前,许多上市公司与非上市公司积极推行独立董事制度试点。独立董事中应当有适量的消费者利益代表。当然,消费者董事必须来自消费者,由消费者所选,并为消费者服务,不能为侵害消费者权益的公司所收买,不能与制假卖假的奸商同流合污、狼狈为奸、助纣为虐。因此,消费者董事应当具有很高的素质,既要有德,始终不渝地把消费者利益的维护放在自己的心坎上;还要有能,通晓公司的经营管理,熟悉公司生产或经营的商品的有关知识,尤其是该商品对消费者切身利益的影响,从而做到耳聪目明,不为奸商的巧言令色和表面文章所欺骗,更有效率地在产品和服务投入市场之前为广大消费者站好岗、放好哨。为确保消费者董事的廉洁与效率,立法中还要规定消费者董事对广大消费者的定期社会报告义务,这种报告要在新闻媒体上公开。

为鼓励商家善待消费者,立法者应当要求商家导入社会公开法律机制,把消费者等利害关系人与股东和债权人一道纳入社会公开机制的保护伞下面,并把信息公开披露的内容由传统的财务性公开,扩大到包括财务性公开和社会性公开在内的广泛内容。消费者协会还应组织商家制定科学的指标评价体系,建立商家社会信用评级制度,帮助消费者行使购物的投票权。

(五) 建立快速解决小额消费纠纷的法律机制

1. 小额消费纠纷应当引起全社会重视

在小额消费纠纷中消费者与财大气粗、深谙商品和服务知识的商家相比,往往处于弱者地位。例如,消费者在投诉和起诉中支出的费用都是由自己预付的,而商家的诉讼费用却可以打入经营成本;消费者为了讨回“小额的公道”,有可能影响自己正常的工作和生活,而商家却可以从容地委托律师和雇员与消费者展开拉锯战和持久战。消费者的弱者地位,恰恰说明了妥善处理小额消费纠纷的必要性和紧迫性。丘建东和高河垣等为赢得小额官司而提起的诉讼被社会褒奖为公益诉讼。

一种观点认为，小额消费纠纷案件的诉讼成本过高，主张消费者应当忍让。此说动摇了有关机构受理小额消费纠纷的积极性，而且削弱了消费者的权利意识，助长了商家的侥幸投机心理。实践证明，公正而及时地解决小额消费纠纷有利于补偿消费者遭受的损失，制裁商家的不法、不道德行为，警醒其他商家好自为之，增强消费者的安全感和自信感，刺激消费需求，拉动市场内需。

2. 鼓励商家与消费者通过友好协商化解纠纷

一旦发生小额消费纠纷，消费者和商家应当首先选择友好协商的方式化解矛盾。通过协商的方式解决小额消费纠纷，对于消费者来说省时、省力、省钱，对于经营者来说有利于保持自己对消费者负责的良好形象，避免伤害消费者的感情，有利于延续和巩固过去形成的客户关系。许多商家设立了专门机构，受理消费者的小额投诉，取得了一定效果。对商家而言，为取得友好协商的成功，有必要保持应有的风度和姿态，切忌纠缠于细枝末节。

3. 进一步提高行政调解和民间调解的成功率

商家与消费者在通过协商解决纠纷时，往往偏执于一端之理，很难听进对方当事人的不同意见，致使协商很容易搁浅。而由消费者协会出面以调解方式解决小额消费纠纷，省去了消费者与商家因为参加仲裁与诉讼所要投入的大量人力、物力与财力，也不伤害双方当事人之间的感情。工商行政管理部门和其他行政主管部门也可根据消费者的请求，主持消费者与商家之间的调解。但由于调解机制建立在双方当事人自愿的基础之上，且调解机构的人员编制、调查手段有限，更无强制执行手段，致使大量小额消费纠纷无法通过调解解决。

4. 加快设立小额消费纠纷法庭

诉讼克服了协商与调解过程中有可能出现的久商不决、久调不决的缺点，有利于及时解决双方当事人之间的纠纷，使双方早日投入到各自的工作、生活和经营活动中去。各级法院理应扭转“抓大放小”的错误观念，对小额消费纠纷案件采取积极的态度，及时、公正地受理和审结各类小额消费纠纷案件。

一些地方人民法院积极设立专门审判机构审理小额消费纠纷案件。例如，黑龙江省绥化地区中级人民法院和基层人民法院目前已设立73个保护消费者权益合议庭，并吸收消费者协会等组织的代表担任陪审员；湖南省常德市也先后在全市9个基层人民法院设立了保护消费者合法权益法庭。鉴于小额消费纠纷案件量大面广，关系到千家万户，有必要在全国推广小额消费纠纷案件专门审判机构试点工作。建议最高人民法院针对小额消费纠纷案件的特殊性、以及运用传统的民事诉讼程序审理小额消费纠纷的障碍，根据《民事诉讼法》的基本原则和具体制度，发布人民法院在审理小额消费纠纷案件中适用《民事诉讼法》若干问题的意见。设立专门审判机构处理小额消费纠纷案件有法律依据。根据《消法》第30条之规定，人民法院应当采取措施，方便消费者提起诉讼。这里的“采取措施”当然包括设立小额消费纠纷审判机构在内。

设立专门审判机构处理小额消费纠纷案件一般应当适用《民事诉讼法》规定的简易程序，在立案、审理、判决和执行诸环节充分体现简便、快捷的原则，重点解决立案难、执行难的问题。为避免消费者遭受旷日持久的讼累，人民法院应当尽量引导消费者与商家在诉讼过程中达成调解协议。从长远看，小额消费诉讼应当由目前的简易程序跨入特别程序，实行一审终审制。另外，《民事诉讼法》第54条规定的集团诉讼登记制度也可适用于小额消费诉讼，从而方便广大消费者在其他消费者起诉时搭便车。

5. 尽快打通消费纠纷的仲裁途径

同诉讼相比，仲裁实行一裁终局原则，具有省时、省钱、省事的简易性特点，能够充分体现消费者与商家的意思自治。但各地仲裁委员会受理的商事纠纷较多，而对面对大量的小额消费纠纷无暇顾及。尽快打通消费纠纷的仲裁途径，既是完善仲裁制度的需要，也是推进消费者权益保护工作的重要内容。浙江、辽宁、山东、河北、河南等地消费者协会与仲裁委员会共同努力，设立以消费者协会为依托的仲裁委员会分支机构，专门受理消费纠纷，尤其是小额消费纠纷案件，收到消费者与商家好评。该类分支机构的仲裁员多由消费者协会的工作人员担任。

如果目前的仲裁机构无力受理大量消费争议，又不同意下设消费争议仲裁分支机构，可否设立具备法人资格的消费争议仲裁委员会呢？回答是肯定的。根据《仲裁法》第10条之规定，仲裁委员会由符合法定条件的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建。这里的“统一”二字，含有反对滥设仲裁机构之意，但在措辞上有别于“唯一”。设立消费争议仲裁机构，要坚持积极稳妥的原则，扎实试点，稳步推进，切

忘一哄而上。仲裁机构制定仲裁规则时应当充分考虑小额消费争议仲裁的特点，拟定好简易程序规则。

为推动更多的消费争议案件进入仲裁程序，各级消费者协会应当鼓励商家自愿向消费者承诺将其未来可能发生的消费争议提交特定仲裁机构。这种承诺，一旦被消费者接受，就构成了仲裁协议，消费者就可将纠纷提交仲裁机构，而无需再与商家另订仲裁协议。商家是否愿意作出这一承诺，是衡量一个商家是否具备诚信资格的重要指标。一旦商家作出承诺，除了仲裁协议和选择仲裁的承诺，商家在保修卡、产品说明书等文件中所作的仲裁条款对商家也具有约束力，应予鼓励。

处理消费争议的仲裁员应当符合法定任职条件，具有良好法律知识修养和过硬的职业道德素质，不断改进开庭审理艺术。为早日化解消费争议，加速市场经济流转，还应鼓励商家与消费者之间调解结案。

6. 处理协商未果的小额消费纠纷需要配套法律机制的建立与健全

小额消费纠纷的解决需要一系列配套机制的支撑。例如，为应对消费者无力聘请律师的问题，应当建立健全消费者法律援助制度，设立小额消费诉讼基金；消费者协会依据《消法》第32条和《民事诉讼法》第15条之规定，有权支持受损害的消费者提起诉讼（包括担任消费者的诉讼代理人）；等等。

要建立健全维护消费者权益的监督体系，包括立法机关、行政机关（工商行政管理部门、质检部门、行业主管部门、价格主管部门）、审判机关、检察机关等国家公权力的监督，消费者、商家等市场主体的监督，以及新闻媒体、社会团体（消协、行业协会）等社会权力的监督。执法部门和司法部门握有国家赋予的行政监管权限、行政处罚权和裁判权，要坚决强调严格执法、公正司法，杜绝执法与司法中的腐败与专横。

[1] 《电力法》第60条规定：“因不可抗力或用户自身的过错造成电力运行事故，电力企业不承担赔偿责任”。

[2] 《民法通则》第123条规定：“从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的，应当承担民事责任。如果能证明损害是由受害人故意造成的，不承担民事责任。”

相关文章：

[社会法的发展和前沿问题](#)

[强化刑事责任 保护投资信心](#)

[站在《消法》理论的前沿](#)

[证券法律的制度创新](#)

[新公司法的制度创新](#)

[我的《政府采购法》观点](#)

[股东资格到底如何确认？——对华祥公司股权纠纷的点评](#)

[建构完善的投资者权利保护机制](#)

[新《公司法》的制度创新](#)

[公司法的修改与解释：以司法权的适度干预为中心](#)

[更多>>](#)

